

《研究ノート》

前近代日本の法曹

——明法を中心に——

〔目次〕

- 一 はじめに——法曹と法律家——
- 二 江戸期の分離型法曹
 - (a) 訴訟支援者としての公事師・公事宿
 - (b) 法実務家としての下役人
- 三 一体型法曹としての平安期の明法
 - (a) 日本における法曹の用語の出現
 - (b) 法曹としての明法の形成と活動
 - (c) 私的な問題に関する法家問答
- 四 事例型法解釈と注釈型法解釈
 - (a) 近世江戸期の下役人における事例型法解釈
 - (b) 平安期の明法における注釈型法解釈
- 五 結びにかえて

梅田康夫

一 はじめに―法曹と法律家―

裁判官、検察官、弁護士、等の裁判実務に深く係わる法律家集団をさして、今日、法曹という言葉がよく用いられるが、周知のごとくその語源は古代中国に端を発するものであった。このような法曹という言葉は語源的に「下級の監獄官吏」のことであるから、法律家と言うべきとする次のような三日月章氏の主張も一理ある。¹

この頃、「法曹」などという言葉がよく使われます。法曹試験だとか法曹一元だとかですね。ここでも諸橋氏の漢和辞典を引いて「法曹」というのはどういう言葉かをみてみましょう。実は「曹」というのは、軍隊用語にありました。今、軍隊の用語などを出すと「あいつの年がわかる」と言われるのですけれども、昔の軍隊の下士官のことを「曹長」とか「軍曹」とか「兵曹」とか言っていた。実は律令時代から中国の制度の影響を受けた四等官という官吏の区別がありまして、長官（カミ）、次官（スケ）、判官（ジョウ）、主典（サカン）という階級があつて、その長官、次官、判官、これは将校ですが、主典という下士官に当たるものが「曹」の名前で呼ばれたのです。だから「法曹」というのは何かというと、諸橋氏の辞典によりますと「下級の監獄官吏である」と書いてある。要するに、法を司る末端の役人だということです。今は「法曹」というと、弁護士だとか裁判官だとか、非常に難しいといわれる国家試験を通った偉い人間のように皆さんは思っているかも知れないし、法曹などという言葉を使う人達には妙な優越感がチラチラしているように私は感じているのですけれども、昔の中国で言えば「下級の獄官」という言葉を使っているの、私は「法曹」という言葉をあまり使わない。やっぱり「法律家」というべきであり、または「ロイヤー」と言うべきだろうと思います。

とはいえ法曹にしろ法律家にしろ法を作り出し、設計、デザインする人、すなわち立法者がその中に含まれることは通常あまりない。⁽²⁾ それに対して、法律家と類似の表現である建築家ないし建築士は、建造物を設計、デザインする人であり、他方で立法者と類似の表現である施工者は、建築家が作図した設計図に基づいて、実際に工事をして建物を作り出す人であるといえる。この法律の世界と建築の世界での表現を対比的に眺めてみると、法律家は立法者により作られた既存の法を適用、運用する、いわば建築の世界でいえば施工者に相当する存在ということができる。名称の表現自体のみをみれば、法律家は建築家に、また立法者は施工者に近似しているといえるかもしれないが、しかしその各々の営みを自発性、裁量性、独創性等といった面から眺めてみるならば、法律家は施工者に、建築家は立法者に近似する関係にあるといえよう。いずれにせよ、たとえ法律家といったところでその機能や役割の制限性を払拭することはできないのであり、ニュアンスの相違は別として法律家といっても法曹といってもそれほどの違いはないことになる。もともと法律家という表現は、時にもつぱら学術的に法学に携わる法学者等を含み、どちらかといえば言葉のニュアンスとしては一寸幅広い感があるかもしれない。本論文の表題として法曹という用語を使用するのには若干躊躇があり、法律家という表現を採用すべきかとも考えたが（また論述の中では法律家集団といった表現も使用することになるが）、敢えて法曹という用語を表題としたのは、後述するように、本論文の中心をしめる平安期の法律家集団をさす言葉として、法曹という表現が実際に用いられていたからにはかない。ということと敢えて括弧も付することなく、法曹という表現を用いることにする。

ちなみに、今日の専門的法律家集団としての法曹という階層が日本において成立したのは、周知のごとく明治期以降の様々な法制度および裁判制度の確立過程と並行して、その養成方式の整備、資格要件の付与、登用試験の導入、地位・処遇等の確定、等々を通してであった。⁽³⁾ 明治三年（一八九〇）の裁判所構成法、同二年（一八九三）の弁護士法が制定される頃には、その日本的な特徴を備えた骨格がほぼ定まったといえる。したがって、それ以前

の前近代日本社会において、明治期に形成された法曹という社会集団と全く同質の存在を認めることはできない。しかしながら、その性格と機能は必ずしも一致し難いとしても、前近代の日本社会において司法的な国家作用の場を中心に、今日の裁判に相当するともいえる紛争の国家的処理の局面で、ほぼ恒常的にその業務に携わる一定の人間集団が存在したことは否定できない。これまでの法制史研究の蓄積の中で、後で詳細に論ずるように例えば古代の明法や近世の公事師・公事宿等について多くのことが解明されてきた。

本稿はこの研究成果の上になつて、前近代の日本社会の中でもとりわけ古代の平安期における明法を中心に、近世の江戸期における今日的な法曹の前身ともいえる存在と対比的に分析し論じようとするものである。それによつて得られた結論はあまりにも図式的であり、また個々の対象の理解自体には特に新しい点は率直にいつて存在しない。今後の個別研究を進めていく上での一つの見取り図、一種の問題提起として受け止めて頂ければ幸いである。

(1) 明治学院大学法学部創立30周年記念講演「新しい「法学事始」」(明治学院大学法学部、一九九七年)九・一〇頁。

(2) 広義の意味では、立法活動に携わる官僚等を含む場合もありうるが、法制定主体としての議会構成員や君主およびその補弼者等を含むことはない。

(3) 多くの文献があるが、さしあたり日本近代における法曹全体の発達史を簡潔に記述した、服部高顕「日本の法曹―その史的発展と現状―」(A・J・ヴォン・メーレン編「日本の法―変動する社会における法秩序―」上(東京大学出版会、一九六五年)一五九頁以下)、六本佳平「日本法文化の形成」(放送大学教育振興会、二〇〇三年)九五頁以下、等を参照。

二 江戸期の分離型法曹

(a) 訴訟支援者としての公事師・公事宿

今日の法曹、とりわけ弁護士の前身として、近世江戸期の公事師・公事宿について多くの研究が蓄積されてきたことは周知のところである。⁽¹⁾なかでも瀧川政次郎氏や南和男氏の古典的な研究によって、江戸における公事師・公事宿の実態が詳細に説明されている。⁽²⁾

江戸の公事宿は俗称であり、公称、法令上では江戸宿ないし郷宿と称されるものであった。天保改革により株仲間が停止されるまでは、公事宿営業が株式として公認され、公事宿組合が作られていた。大きく分けると旅人宿と百姓宿からなっていた。旅人宿は馬喰町周辺に江戸中期以降約一〇〇軒程あり、そのうちの一部が主に町奉行所に係わる公事訴訟人の宿として機能していた。百姓宿には八十二軒組百姓宿、三十軒組百姓宿、等が存在した。八十二軒組百姓宿は、旅人宿の後に結成された仲間であり、丸の内に近い屋敷地に散在し、主に評定所や勘定奉行関係の宿ではないかとされている。三十軒組百姓宿は伊奈半左衛門より鑑札を受けたということで、関東郡代との係わりが深く、やはり郡代屋敷があつた馬喰町を中心に所在していた。この他にも十三軒組百姓宿や、また穢多頭彈左衛門役所に深く係わりをもつ、浅草新町宿等が存在した。

これらの江戸の公事宿の機能として、南和男氏は以下の五点を掲げている。⁽³⁾

- (イ) 差紙(召喚状)の送達
- (ロ) 目安などの作成と差添
- (ハ) 預者
- (ニ) 出火駆付
- (ホ) 尋者穿鑿

まず、「差紙（召喚状）の送達」は、役所毎に公事宿から順番で選任された行事等を経由して、地方の者に対しでは飛脚によって行なわれる。次に、「目安などの作成と差添」であるが、目安すなわち訴状等の書類作成の費用として、筆墨料等が公事宿の収入となる。また差添とは、法廷への付添のことである。当時の白洲における公事宿の活躍については、夙に中田薫氏の研究によってよく知られているところである。「預者」とは「宿預」、すなわち身柄を公事宿が預かることで、行事一人について三人まで、預かり日数は一ヶ所百日を限度とした。「出火駆付」とは、関係の深い奉行所等が火事の際に駆け付け、消火活動等にあたることである。最後に、「尋者穿鑿」とはお尋ね者を搜索することであり、そのほか不審な品物や人物の内偵を意味した。公事宿は警察的な機能をも果たしていたといえる。

ちなみに、以上のような公事宿の機能について、塚田孝氏は、穢多・非人の公事宿といつてよい浅草新町宿についての詳細な検討により、その他にも入牢中の必要経費の取扱や、内済の取扱、百姓・町人との対立・紛争の際における交渉のための地方派遣、等といった機能を新町宿がもっていたとしている。

このように公事宿は公認された存在として様々な機能をはたしていたが、これに対して公事師は非公認の存在であった。次に掲げるのは、元禄一五年（一七〇二年）の著名な禁令である（御触書寛保集成二五六三号）。

一 公事訴訟其外出入之儀を取持、たくミ成儀をおしへ、禮金など取候者有之由相聞候、常々ケ様之營仕候體之者、大屋方より吟味可相改候事、

その後もたびたび取締法令が出されるが、公事師のような存在を根絶することはできなかったようである。公事宿には手代や見習が二・三人いたようであり、公事師の中にはそのような形で公事宿に雇われる者もいたものと思

われる。

以上述べてきたのは江戸の公事師・公事宿についてであるが、公事師はともかく公事宿に相当するものは同じく他の地域にもみられた。瀧川政次郎氏は、金融業を兼業する大阪の郷宿の特徴や、かつて公事宿であったと思われる京都の二条陣屋の来歴について詳しく触れている。⁽⁶⁾また、原宏氏により石見銀山御料の郷宿が紹介されたのを初めとして、⁽⁷⁾代官や遠国奉行が支配する幕府領各地における郷宿・御用宿の実態が近年いろいろな形で明らかにされてきている。⁽⁸⁾そのような最近の研究の多くは、公事宿のみを個別に捉えるのではなく、既存の支配組織が担う業務を代行したり、あるいは請け負うような新たな中間的支配機構の一環として位置付けて分析を加えている。そしてその存在は幕府領に限られるわけではなく、各地の大名の領内にも公事宿に類似したものが存在したと想定される。とはいえまだ十分に研究が進んでいないとはいえないが、そうした中で最近、吉田正志氏は仙台藩の御用宿の実態を詳しく解明している。⁽⁹⁾それによると、御用宿の機能としては、牢への収容や被疑者の預かり等の刑事関係業務、および上納金等の取次や人足宿の兼務、等といった一般行政が中心で、民事関係の業務はあまりなかったようである。このような仙台藩の御用宿は、公事宿に関する歴史学研究の近年の動向、すなわち公事宿を単純に弁護士の前身、訴訟支援者として捉えるのではなく、むしろ御用の宿としてその行政的な性格を強調し、一般民衆を支配管理する末端組織として捉える研究動向に見合ったものとされる。しかしながら、他方で吉田氏は仙台藩の江戸宿について言及し、そこにおける御用の中心は、幕府評定所の管轄となる他領・他支配の領民との間に生じた裁判ではなかったかと推測している。少なくとも江戸宿に関しては、裁判との係わりが特に深いものであったとしている。そして、近代明治期における代書人・代言人との関係から、⁽¹⁰⁾従来の法制史的な公事宿の捉え方にもそれなりの根拠があるとしている。

たしかに公事宿のみならず当時の宿全体についていえる村単位に宿が特定された定宿制のあり方や、公事も年貢

収納をはじめとした様々な「御用」の一つにすぎないということ等を考えると、公事宿もまた民衆支配のいわば中間的あるいは末端の機構を構成していたという側面は否定できず、公事宿の訴訟援助的な機能もそうした枠組みの中で発揮されていたといえよう。ただし、公事宿に関する新しい研究動向を担ってきた岩城卓二氏によって、「御用宿と村々とのあいだでは努め方を記した規定書が交わされた」ことや、御用宿の業務に対する報酬の支払について、「この点が同じく御用を努めるとはいうものの、村役人と御用宿の大きな違いである」と指摘されている点は看過されるべきではない。そこには「契約による金銭請負という論理」が存在したとされる。公事宿は広く中間的支配機構の一環として存在したが、その性格と機能は既存の支配組織と原理的に異なっているのであり、そこに例えば今日の弁護士活動に通ずるような形で、訴訟遂行の技術能力や交渉テクニクの優劣が問題となる状況が生み出される余地が存在した。また茎田佳寿子氏は、享保期以降、公事宿が幕府裁判機構に組み込まれ公的側面を強化していくことを指摘する一方で、「明和・寛政・天保期を画期として、江戸の公事宿の旅宿業務と訴訟業務の分離、訴訟業務の分業・專業化の過程」について考察している。⁽¹³⁾さらに服藤弘司氏は、近世江戸期の民事裁判手続きにおける当事者相対解決主義という根本原則が、名主等の差し添えの困難性、代人訴訟の容認、証拠方法としての証文の偏重、等の諸要因と相まって、近世後期における公事宿の活躍の場と、さらには本来違法な存在である公事師の跳梁跋扈する環境を形成していたと主張する。そのような公事師・公事宿の姿はいろいろな文献に描かれており、瀧川政次郎氏は多くの公事宿に関する川柳を掲げている。⁽¹⁵⁾いずれもよく知られたものであるが、そのいくつかを次に掲げる。

軒には国訛りなし馬喰町

馬喰町人の喧嘩で藏を建て

馬喰町障子一重が国境

馬喰町諸国の理非の寄る所

諸国から草鞋踏み込む馬喰町

諸国からふくれた顔は馬喰町

馬喰町とは、いうまでもなく公事宿のことを象徴的に言っているもので、諸国から多くの公事訴訟人が逗留していた状況がよく示されている。またこれも当時の世俗を活写したものととして著名な文献より、公事師の活動についてふれた部分を次に掲げる。⁽¹⁶⁾

江戸・京・大阪そのほか繁花の地の町人遊人等は、居ながら公事出入りを致し、いさゝかの事をも奉行所へ持ち出して埒を明くるなり。殊に手代など遣う程の身上なるものは、己れは病氣と称して手代を出し、又は公事師などいへるものを雇ひて名代を出し、公事の懸引きを打ち任せ置き、己れ病氣と奉行所を偽りながら、その日一日家内に慎み居るにもあらず、私用または遊興の事に他出いたし、公儀を恐るゝ気色少しもなし。また公事師などいへるものは、奉行所の懸引き巧者にて、この事を申し立つればこれに響き、彼れを押す時はこれに落著するなど、上を謀り相手を犯し、吟味役人に怖ぢ恐るゝ真似方の氣にて、さも実明に見せ、その容体よくく役人の氣に入り、進退おし引きその図に当り、方便虚偽をはかるなれど、通して遣し置く程の事になりて、終には白きを黒きといひ紛らして勝をとる事にするなり。(傍線、筆者)

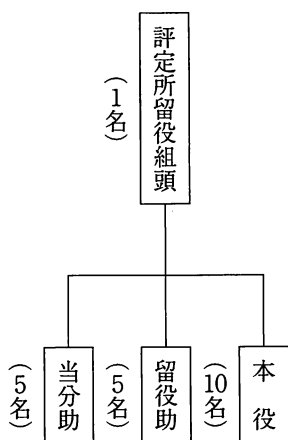
既に人口に膾炙されて久しい史料ではあるが、これほどに当時の公事師の活動を生き々と伝えるものは他には

ないであろう。少なくとも近世江戸時代の都市部では、訴訟の頻発とその遂行を業務として専門的に営む人間集団が存在していたことは否定できない。そして、公事宿として公認された場合には、その活動は単純に私的なものとして捉えることはできず、またその自律的な機能も極めて制限されていたにせよ、訴訟援助者として多面的で重要な役割を担っていたといえる。

(b) 法実務家としての下役人

以上、近世江戸期において訴訟援助者としての機能をもった公事師・公事宿について述べた。次に、この公事師・公事宿とは全く性格の異なる法律家集団、すなわち与力や留役といった、奉行所および評定所の下役人について論述する。幕府において実際上の審理と裁判に携わったこれら下役人については、夙に平松義郎氏が詳述するところである。そして神保文夫氏による最近の研究は、これらの下役人を法実務・裁判実務の担い手として積極的に評価⁽¹⁷⁾

図1 評定所留役



し、その活動の実態を明らかにしている。当時の裁判においていわば裁判官としての役割を果たしたのは主として奉行であったが、しかし奉行はほとんどの場合、最初の冒頭手続と最後の判決言渡し⁽¹⁸⁾のときのみに法廷に出座するだけで、実際の事件の審理や判決案の作成等の仕事は、もっぱら下役人に委ねられていた。下役人の中心をなすのは、江戸幕府においては評定所留役と町奉行所の吟味方与力であった。

評定所留役は本来、勘定奉行所の配下の役人であり、しかも寺社奉行所にも吟味方調役として出役する存在であった。貞享二年(一六八五)に初めて三名が任命され、宝永二年(一七〇五)以降は専任と

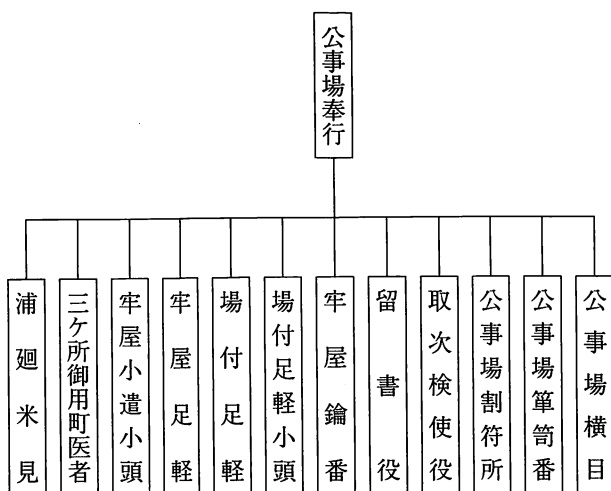
なった。そして、一八世紀半ば以降には、図1にあるように一名の評定所留役組頭の下に約二〇名の留役が所属していた。

この留役の審理は奉行と違って大変に厳しいものであった。夙に中田薫博士によって取り上げられた事例では、奉行の裁判は談笑の間に進行したのに対し、留役の数度に及ぶ取調べは、時には刑事的処罰を持ち出して威嚇的に進められた。⁽¹⁹⁾留役の職務内容は多岐にわたっており、老中の諮問機関として評定所に委ねられた伺いへの回答内容を作成したり、法令や判例の集積・編纂とその保管・維持にも携わっていた。

次に与力についてである。八丁堀に住んでいた江戸町奉行所の与力についてはよく知られている存在であらためて述べることもないが、享保年間に南北の町奉行所にそれぞれ二五騎配置された。幕末になると職務の分掌が明確にされ、刑事・民事の裁判に携わる与力は吟味方与力と称され、各奉行所に一〇騎配置されていた。⁽²¹⁾江戸と同じく大阪町奉行所や京都町奉行所にも同様に与力が置かれていた。井ヶ田良治氏は、京都町奉行所配下の与力の実態を詳細に説明している。それによると約二〇名程の与力が各奉行所に配置され、そして与力は職務内容によって、公事方、勘定方、日付⁽²²⁾并新家改方、證文方、闕所方・川方、与力番方の六種類に分けられ、そのうち刑事・民事の裁判を担当する公事方与力は各奉行の下に三名、計六名いたとされる。こうした与力はほぼ世襲制をとっており、通婚圏も狭く、かなり閉鎖的な社会を構成した。そして、与力の中でも特に公事方は重要で、経験的能力を必要とするものであり、一五年以上二五年ほどの与力経験のある者から選ばれたとのことである。

以上、幕府の下役人について述べたが、同様の存在は大名領においてもみられるのではないかと思われる。ごく手近の目に触れた文献のみに基づいて述べると、例えば仙台藩における評定所役人や評定所留付、および町奉行物書等、⁽²²⁾また岡山藩における代官頭や横目、⁽²³⁾さらには柳川藩における吟味役、留役、書役等が、⁽²⁴⁾こうした幕府の下役人に相当する存在ではないかと思われる。

図2 公事場役人



ちなみに金沢藩の場合についていえば、幕府の評定所に相当する金沢藩の公事場は万治二年（一六五九年）以来、現在、金沢地方裁判所等がある白鳥堀の外に置かれてきた。そして、公事場奉行は四名置かれ、その下には図2に示すように、一二種の公事場役人が寛政から天保年間には配置されていた。

この中で実際に事件の審理等を担当していたのは、取次検使役だったようである。また、公事場には公事場留帳と称される様々な文書が保管され、引き継がれていた。留書役は名称からして、そのような文書の管理に携わっていたのではないかと思われる。

以上、主に近世法制史学の既存の研究成果に専ら依拠しながら、江戸期において今日の法曹とはその性格や機能を異にしながらも、公事師・公事宿および奉行等の下役人という二種類の法律家集団が併存していたことについて述べてきた。これはいわば当然のことをいったまですぎないにせよ、古代・中世の朝廷裁判機構において重要な役割を果たした明法ないし法家という法律家か。以下、この近世の法曹に相当する集団と対比させる形で、古代の法曹、すなわち明法について論じていくことにする。

- (1) 瀧川政次郎『公事師・公事宿の研究』（赤坂書院、一九八四年）九頁以下、南和男「江戸の公事宿」（二）（下）（『國學院雑誌』六八巻一号、六八頁以下、同二号、六九頁以下）、服藤弘司「近世民事裁判と「公事師」」（大竹秀男・服藤弘司編『幕藩国家の法と支配』（有斐閣、一九八四年）三三二頁以下）、荻田佳寿子「内治と公事宿」（『日本の社会史』第五巻裁判と規範（岩波書店、一九八七年）三七頁以下）、塚田孝「弾左衛門支配と新町宿」（『史学雑誌』九二編七号、四七頁以下）、同「訴訟と公事宿 江戸浅草・新町宿の事例から」（『週間朝日百科・日本の歴史別冊『歴史の読み方』6文献史料を読む・近世（朝日新聞社、一九八九年）一三頁以下）、保谷七緒美「江戸の宿仲間」の基礎的研究―旅人の止宿をめぐる諸問題の分析から―」（『論集きんせい』一三号、一頁以下）、吉田正志「仙台城下の御用宿」（藤田覚編『近世法の再検討―歴史学と法史学の対話―』（山川出版社、二〇〇五年）八九頁以下）、等を参照。なお公事宿全般をめぐる最近の研究状況については、最後に掲げた吉田論文一〇九・一〇頁註（8）（9）（10）所載の文献を参照。
- (2) 以下の叙述は、基本的に前註に掲げた瀧川前掲書および南前掲論文に基づく。
- (3) 前掲「江戸の公事宿」（一）七五頁以下。
- (4) 「徳川時代の民事裁判実録」（『法制史論集』第三巻下（岩波書店、一九四三年）七五三頁以下）、および「徳川時代の民事裁判実録續篇」（同上、八三三頁以下）を参照。
- (5) 前掲「弾左衛門支配と新町宿」七〇頁以下参照。
- (6) 前掲書一五二・四頁、一七七頁以下。なお、大阪の郷宿については、岩城卓二「近世中後期の村社会と郷宿・用達・下宿」（『数田貫編『民衆運動史―近世から近代へ―』3社会と秩序（青木書店、二〇〇〇年）七五頁以下）を参照。
- (7) 「天領の郷宿―石見銀山御料大森町の社会的側面―」（『季刊文化財』（島根県文化財愛護協会）二二号、二七頁以下）。
- (8) 原滋「天領支配と郷宿―北信濃中野天領を中心に―」（『信濃』二八巻三号、一八五頁以下）、山本太郎「倉敷代官所の中間支配機構」（『倉敷の歴史』八号、三三頁以下）、同「倉敷代官所の郷宿」（坂本忠次編著『地域史における自治と分権』（大学教育出版、一九九九年）二八頁以下）、岩城卓二「御用」請負人と近世社会」（『国立歴史民俗博物館研究報告』四七集、三九頁以下）、同「近世領主支配と村役人・郷宿・下級役人」（久留島治・吉田伸之編『近世の社会的権力・権威とヘゲモニー』（山川出版社、一九九六年）九一頁以下）、同「御用宿」（『久留島治編『近世の身分的周縁』5支配を支える人々（吉川弘文館、二〇〇〇年）二二七頁以下）、竹末広美「日光の司法―御仕置と公事宿―」（『随想舎』二〇〇一年）一一九頁以下、等を参照。
- (9) 前掲論文八九頁以下。その他、預地であるが庄内藩の郷宿について、本間勝喜「近世後期庄内藩預地の郷宿」（『東北公益文科大学総合研究論集』二号、五九頁以下）を参照。
- (10) なお、吉田氏はごく最近の論稿（『史料紹介』明治3、4年のある民事訴訟と公事宿―「武蔵国秩父郡坂石村出入一件控」の概要紹介―）

〔法史学研究会会報〕一〇号、一〇七頁以下）の中で、明治初年における民事訴訟と公事宿の係わりについての新史料を紹介している。

(11) 前掲「御用宿」二二六頁。

(12) 同上、二五〇頁。

(13) 前掲論文三一八頁。

(14) 前掲論文三五五頁以下。

(15) 前掲書一三三頁以下。

(16) 武陽隠士『世事見聞録』（青蛙房、一九六六年）一一四・五頁。

(17) 『近世刑事訴訟法の研究』（創文社、一九六〇年）四三九頁以下。なお、評定所留役について、石井良助『法制史論集第八卷』近世民事訴訟法史』（創文社、一九八四年）二四六頁以下を参照。

(18) 「江戸の法曹・評定所留役」（『学士会会報』八四九号、六三頁以下）、「幕府法曹と法の創造——江戸時代の法実務と実務法学——」（『國學院大學日本文化研究所編』『法文化のなかの創造性——江戸時代に探る——』（創文社、二〇〇五年）一〇三頁以下）。

(19) 前掲「徳川時代の民事裁判實録」七六九頁以下。

(20) さしあたり、松平太郎『江戸時代制度の研究（再復刻版）』（新人物往來社、一九九三年）八四四頁以下、笠間良彦『江戸幕府役職集成』（雄山閣、一九六五年）一九〇頁以下、横倉辰次『与力・同心・目明しの生活』（雄山閣、一九六六年）一四頁以下、南和男『江戸の町奉行』（吉川弘文館、二〇〇五年）一九一頁以下、等を参照。

(21) 「京都町奉行所の与力について——神沢貞幹『翁草』を素材として——」（秋山國三先生追悼会編『京都地域史の研究』（国書刊行会、一九七九年）二〇一頁以下）。なお、大阪町奉行所の与力については曾根ひろみ『与力・同心論——十八世紀後半の大阪町奉行所を中心に——』（『論集』（神戸大学教養部紀要）四〇号、五一頁以下、藤井嘉雄『大阪町奉行と刑罰』（清文堂、一九九〇年）五九頁以下、野高宏之『大阪町奉行所の当番所と当番与力』（『大阪の歴史』四六号、二三頁以下、安竹貴彦『大阪町奉行所』から『大阪府』へ（一）——幕末から明治初年における町奉行所与力・同心の動向を中心に——』（『奈良法学会雑誌』一二卷三・四合併号、一三五頁以下）、等を参照。

(22) 鎌田浩「高柳真三「仙台藩の刑事裁判」校訂補註」（『専修法学論集』一七五号、三四頁以下）を参照。

(23) 藤原明久「岡山藩制確立期における「民事」裁判機構の形成」（大竹秀男・服藤弘司編『幕藩国家の法と支配』（有斐閣、一九八四年）四〇九頁以下）を参照。

(24) 日比佳代子「柳川藩評定所の設立と機能」（『日本歴史』六〇九号、七一頁以下）を参照。

(25) 金沢藩の裁判機構については、真山武志「公事場に関するノート」Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ（『石川郷土史学会々誌』二八号、一一七頁以下、同二九

号、一二三頁以下、同三〇号、一四五頁以下）を参照。

三 一体型法曹としての平安期の明法

(a) 日本における法曹の用語の出現

冒頭に掲げた三日月章氏の講演にあるように、法曹という言葉の使用は古代中国より始まったものであるが、日本でも平安期にこの用語が使われていたことは、平安末に編纂されたと思われる、法曹類林や法曹至要抄といった著名な書物の名からも明らかである。法曹類林は信西入道として知られる藤原通憲によって編集されたもので、信西が平治の乱の結果処刑される平治元年（一一五九年）以前に出来上がったものと思われる。今日、その内容はごく一部しか伝えられていない。法曹至要抄は坂上明兼がやはり平安期末に編集したものであるが、代々坂上家によって加筆修正され、鎌倉初期に坂上明基の代になって完成されたものと思われる。この書物の性格等については、坂本太郎氏や棚橋光男氏等により従来様々に論じられてきたが、長又高夫氏の最近の研究によって、「勘文作成の為の虎の巻」としての性格が詳細に解明されている。いづれにせよこれらの書物は平安末期のものと思われるとしても、その成立時期を具体的に特定することはできない。

管見の範囲では、法曹という用語が用いられた最も古い例で具体的な時期が特定できるのは、次に掲げる永治二年（一一四二年）の「検非違使庁申文」である。⁽⁴⁾

【史料1】

檢非違使序申文（愚昧記仁安二年冬卷裏文書）

檢非違使

請特蒙二天恩、因三准先例一、依三譜第學道勞一、以三正六位上行備前大掾惟宗朝臣成直一、被レ拜三任左右衛門志一、即令レ蒙二使宣旨一狀、

右、得二成直狀一、你、謹檢一案內一、成直親父故左衛門志成国久仕三廷尉一、夙夜在レ公之時、晨昏守三庭訓一、坐臥伝三門業一、勘判記錄之草、糺斷推鞠之詞、雖レ謂三親父之提耳一、猶代二大匠一兮執レ斧者也、而使庁者是依レ為三判斷之処一、多登三用法曹之士一、尉志之間、同時四五人補来尚矣、就中道志三人並任例也、近則長徳四年右志伴忠信・坂本忠国・梶大養為政、長保四年左志惟宗博愛・豊原為時・右志梶大養為政等是也、抑自三明法得業生并諸国掾三直補三廷尉一、非レ無三蹤跡一、明法得業生讀岐時人任三左志一、同完人永繼任三右志一、又大和掾藤原好行任三右尉一等也、成直明法擬三得業生三兼居三司馬職一、准三彼等例一、欲レ補三志闕一、性惟雖レ愚歎三累葉之欲絶一、学又雖レ拙嗜三三章一而齡闌、今仰三無レ偏之化一、誰謂三非擲之任一、拳奏之処、何無三哀憐一者、今加三覆審一、所レ申有レ実、方今使庁之政、法家為レ基、當時所レ在道志二人也、已少三糺勘之人一、自為三擁忌之本一、望請天恩、因三准先例一、依三譜第學道勞一、以三件成直一、被レ拜三任左右衛門志一、即令レ蒙二使宣旨一者、將レ俾レ致三奉公之節一矣、仍注三事狀一、謹請二处分一、

永治二年正月廿一日

正五位下行右衛門權佐兼近江守皇后宮大進藤原朝臣

正五位下行左衛門權佐藤原朝臣

正三位行権中納言兼左衛門督藤原朝臣「公教」

(読み下し文)

検非違使庁申文(愚昧記仁安二年冬卷裏文書)

検非違使

請ふらくは特に 天恩を蒙り、先例に因准し、譜第字道の勞に依つて、正六位上行備前大掾惟宗朝臣成直を以つて、左右衛門の志に拝任せられ、即ち使宣旨を蒙らせしめんの状、

右、成直款状を得るに你はく、謹んで案内を検するに、成直親父故左衛門志成国久しく廷尉を仕り、夙夜公に在るの時、晨昏に庭訓を守り、坐臥して門業を伝へ、勘判記録の草、糺断推鞠の詞、親父の提耳を謂ふと雖も、猶ほ大匠に代りて斧を執る者也、而して使庁は是れ判断の処爲るに依つて、多く法曹の士を登用し、尉志の間、同時に四・五人補し来たりて尚し、就中道志三人並びに任ずる例也、近きは則ち長徳四年右志伴忠信・坂本忠国・県犬養為政、長保四年左志惟宗博愛・豊原為時・右志県犬養為政等はれ也、抑も明法得業生並びに諸国掾より直ちに廷尉に補するは、蹤跡無きに非ず、明法得業生讃岐時人を左志に任じ、同じく完人永継を右志に任じ、又大和掾藤原好行を右尉に任ずる等也、成直を明法得業生に擬し兼ねて司馬職に居へ、彼等の例に准ひ、志の闕を補はんと欲す、性は惟れ愚と雖も累葉の欲絶を歎き、学は又拙と雖も三章を嗜みて齡闌す、今偏り無きの化を仰すは、誰れ非拠の任と謂はんや、拳奏の処、何ぞ哀憐無からんや者、今覆審を加へ、申す所実有り、方今使庁の政、法家を基と爲す、当時在る所の道志二人也、已に糺勘の人に少し、自ら擁念の本為り、望み請ふらくは 天恩を、先例に因准し、譜第字道の勞に依つて、件の成直を以つて、左右衛門の志に拝任せられ、即ち使宣旨を蒙はしむるは、將に奉公の節を致さしめんとす、仍つて事の状を注し、謹んで処分を請ふ、

永治二年正月廿一日

正五位下行右衛門権佐兼近江守皇后宮大進藤原朝臣

正五位下行左衛門権佐藤原朝臣

正三位行権中納言兼左衛門督藤原朝臣「公教」

この史料については利光三津夫氏が、惟宗国任以降の惟宗氏の地位低下を論ずる中で取り上げているが、論文の趣旨から史料上の法曹という用語に特に注意を払っている訳ではない。検非違使庁に款状を提出した成直は、国任の孫と考えられる。⁽⁶⁾父の成国が検非違使庁の官人であったので、成直も「譜第学道旁」によって、左右衛門志および検非違使志に任命するよう求めたものである。成直は父の下で修行を積み、父に代わって業務を行うこともあり、明法得業生に擬せられている。道志、すなわち明法家で左右衛門府および検非違使の志を兼任する者として、三名を任命するのが慣例であったが、当時、道志が二名しかいなかったため業務が滞るということで、検非違使より成直の推挙がなされた。その結果、成直の希望は受け入れられたようであり、その後、久安六年（一一五〇年）には、さらに明法博士の官職を求める申文を提出している。⁽⁷⁾しかしそれは叶わなかったようで、逆に保元三年（一一五八年）には、「検非違使左衛門志」の官職を解かれている。それはともかく成直を推挙したこの申文において、傍線部分にあるように、検非違使庁には多く「法曹之士」を登用すること、また検非違使庁の政は法家を基とすることがその中で述べられている。ここでいう「法曹之士」とは、明法あるいは法家、すなわちいわゆる明法家をさしていることは明らかである。史料上は明法あるいは法家としてあらわれ、歴史用語としては明法家と称されるこの法曹集団がどのようにして形成され、またどのような活動をし機能を有していたか、といった点について、従来の研究成果に基づきながら、ごく簡略にまず述べておくこととする。

(b) 法曹としての明法の形成と活動

周知のごとく七世紀後半から始まった統一的国家法としての律令の編纂は、八世紀初頭の大宝律令の編纂により一応の完成をみることとなった。これ以降、この新たな法体系・法規範を實際上運用していくための法律家集団が、求められるようになっていく。⁽⁸⁾ 大宝律令施行直後には、「令官」と称されるグループが、律令の解釈をめぐる法的问题に関して回答を与えている。しかし、この段階ではグループの構成メンバーは、藤原不比等や葛野王といった国政上の枢要人物、上級官人であり、法実務家というわけではない。その後、しばらくして和銅年間から天平年間にかけて「令師」と称されるグループがあらわれる。ここには伊吉連子人、鍛冶造大隅、越知直広江、塩屋連古麻呂、といった律令の編纂に携わった実務家官人等が含まれている。彼らの回答は法的拘束力を持ち、律令の不備を補う機能があった。

このように法実務家への需要が高まるとともに、その養成機関の整備も次第にはかられるようになっていく。当時の官人、役人の養成機関の中心は、いうまでもなく中央に置かれた大学であった。律令の規定では官人登用の試験として四種の試験方式が設けられており、その一つが明法試とされるもので、律令に関する試験科目で構成されていた。しかし、当初は律令を中心に学ぶそれに対応する教育コースは、特に設けられてはいなかった。神亀五年(七二八年)に律学博士一人が置かれ、天平二年(七三〇年)に明法生が一〇人と定められた頃から、律令を専門的に学ぶ明法科が成立したと考えられている。⁽⁹⁾ 律学博士はその後、明法博士と名称が変り、延暦二年(八〇二年)には明法生の定員が二〇人と倍増になった。⁽¹⁰⁾

このようにして確立した大学寮明法科において明法博士は律令を講じるとともに、養老律令が施行された八世紀後半以降、各官司からの問い合わせに対して、明法曹司という名称で回答を行っていた。⁽¹¹⁾ 曹司とは朝堂に付設され

た施設のことをいい、明法曹司は明法博士や大判事を中心とした法実務家集団をさしていると思われる。明法曹司の活動は、八世紀後半から九世紀初頭の間、すなわち天平宝字二年（七五八年）から弘仁六年（八一五年）の間にみられ、その回答の様式は上申文書としての解から問答体へと変化していった。

その後、この明法曹司の活動を引き継ぐ形で、平安初期九世紀半ばからは明法博士や大判事による回答が、明法勘問あるいは法家問答という形でなされていくようになった。¹² 明法曹司問答の場合、回答者の名前は表記されないのに対し、明法勘問や法家問答では、基本的に回答を行う責任主体が明示される。明法勘文も法家問答も律令に関する法的疑義に対して、明法ないし法家といわれる法実務家が一定の回答を示すという点では同じ活動であるが、明法勘問は律令の太政官合議制の系譜を引く陣定という場において、相対立する主張に対し第三者的な立場から法律専門家として一定の見解を示すのに対し、法家問答は単に各官司や個人による法律相談の依頼に対して様々な形で回答を示すものであり、両者は一応区別して考えることができる。また、文書様式としても明法勘文が宣旨等に対する勘申文書の形式をとるのに対し、法家問答は基本的に問答体の形式をとっている点でも区別することができる。

このような明法の活動の中心にいろのは、いうまでもなく明法博士であった。明法博士は大学寮がまだ機能している間は、当然その本来の職務である明法生に対する教育指導にあたっていた。それとあわせて令義解、令集解、律集解等の注釈書の編纂、および政事要略や前述した法曹至要抄等の法律書の編纂に携わったことも周知のところである。当時にあつてはこれらは学術的な著作というより、むしろ法実務のための手引書という色彩が強いものであつたと思われる。明法博士の位は正七位下ということとそれほど高いものではなかったが、当時の法曹にとって目標とすべきポストであつたことは間違いないといえよう。

この明法博士がどのような官職を経て選任され、またどのような官職を兼任していたかという点については、長

又高夫氏の最近の研究が詳細に論じている。⁽¹³⁾それによると、九世紀末までは太政官弁官局の少史・大史を兼務し、さらに刑部省判事局の大判事や勘解由次官をも兼務するようになるのが一般的であるのに対し、一〇世紀以降になると、六・七位相当の諸司の判官・主典を経て明法博士となり、さらに検非違使あるいは太政官外記局の大外記や少外記を兼務するというコースが一般的になるということである。一〇世紀には律令的官制機構が衰退し、裁判システムの中核を担っていた刑部省が機能を停止していく中で、陣定や検非違使裁判の場における明法博士を中心とした法曹の活動が、その補充的な機能を果たしていた。こうした中で法実務家としての明法の姿が、さらに一層顕在化していったといえよう。また、官司請負制の進捗とともに、⁽¹⁴⁾法実務を家業とする明法の家が固定化し、他の官職とくらべ比較的遅いとはいえ次第に世襲化も進んでいった。平安末期になると、明法博士の職は坂上、中原の両家により代々世襲されるようになっていった。いずれにしても平安期において明法の活動は、中央における各種の裁判の場においても、また儀式典礼を含めた一般行政の局面においても、不可欠のものとなっていた。

(c) 私的な問題に関する法家問答

前述したように平安期における明法の重要な活動の一つが、法家問答という形で行なわれる、いわば法律相談活動であった。九世紀段階では主に中央の諸官司から、律令の規定をめぐって様々な質問が明法博士や大判事に提起された。一〇世紀以降になると官司ではなく官人が、しかも国司や郡司からも質問が提起されるようになった。このような法家問答の多くは、民生に係わる一般行政、刑事処罰に関する問題、儀式における席次や服装に関する問題、等といった公的な内容に関係するものであった。

しかし、明法博士や大判事が回答を与えた法家問答の中には、それらとは若干性格を異にする私的な問題に関するものがあつた。このようないわば民事的な内容を有する法家問答については、夙に瀧川政次郎氏が「相續に關す

表1 私的法家問答一覧

整理番号	実施年	質問者	回答者	内 容	典 拠
(1)	弘仁2 (811)	不明	明法博士 物部敏久	初の貸借にともなう口入人の 背信行為に関する責任の所在	法曹類林、卷一九 二、寺務執行一七
(2)	天慶3 (940)	命婦従四位 下保子女王	大判事惟宗 朝臣公方	位禄の売買取消にともなう損 失補償	政事要略、卷二七、 年中行事十一月三 (給春夏季禄)
(3)	天元4 (981)	伊福部真実	不明	債務消滅後の質入れ文書の返 却、契約の誤りによる利子の 支払義務、物価変動にともな う弁済価格の換算方法	法曹類林、卷一九 二、寺務執行一七
(4)	永延2 (988)	大乘院十禅 師「聖野」	不明	封物米の代納分の弁済請求	平安遣文三三〇号
(5)	永延2 (988)	宮内史生	不明	財産相続上の出家と義絶	平安遣文三三二号
(6)	永延2 (988)	粟	不明	戸の相続をめぐる養子	平安遣文三三四号
(7)	正暦2 (991)	織部織手葛 井有	不明	借用馬が奪取された際の賠償	平安遣文三四五号
(8)	寛弘2 (1005)	播磨豊忠	明法博士令 宗朝臣允正	焼死した牛の賠償	政事要略、卷七〇、 糺弾雑事(馬牛及 雑畜)

る明法質疑状」、および「損害賠償に關する明法問状」という表題の下で論じているところである。⁽¹⁵⁾このような私的な問題に係わる法家問答としては、表1に掲げる八例がとりあえず挙げられる。

この八例のうち、瀧川政次郎氏が取り上げたものは一覽表の整理番号(5)、(6)の三例である。瀧川氏は釈文を付した上で、その内容について詳しく論じている。残念ながら回答者が判明しないが、他の法家問答と同じく明法博士が大判事ではないかと推測される。注意すべきは、この三例においては質問者が庶民ないし史生や雑任のようなほとんど庶民と変わらない人々であった。そして、その内容も相続や損害賠償に関するもので、純粹に民事的なものといつてよいものである。瀧川氏は、これらの文書は私文書であり、王朝時代の当時には現在の弁護士や江戸時代の公事師に相当する民間の明法家が存在したのではないかと推測している。民間の明法家についてはともかく、私的な内容を有する法家問答の存在は否定しえないところである。一覽表の整理番号(2)や(4)の場合は位禄や封物米をめぐる紛争が問題となっており、純粹に私的な内容とはいえない面があるが、しかし、そこで争われているのはそれらの売買や貸借に

関連して生ずる法的な問題であり、その局面では私的な性格を有していたといえよう。

こうした私的な問題に関する法家問答の最も早い事例が、一覽表の整理番号(1)である。関係する部分を以下に掲げる。

【史料2】

仮令甲先年以レ乙為ニ口入人^一、入^二借書^一擬^三借^三用丙^一粉一石^一、而乙不^レ令^レ知^三於甲^一、請^三取粉^一宿^三置^一所^一、其後乙与^レ丁同心宛^三行他人^一、爰甲陳云、不^レ請^三物^一、可^レ返^三借書^一者、而乙不^レ返、彼手契自^レ經^三涉年^一、雖^レ然粉主不^レ責^三徵於甲^一、然間請^三粉^一、乙以^三去春比^一亡去了、仍丙受^三乙死亡之由^一、加^三四五箇年^一息利十余斛^一、粉可^三弁返去^一、忽驚此無^レ責、尋^三問彼借書^一、以^三一本一石之手契^一、書^三成^一二石之文書^一、暗愚之身不^レ知^レ所^レ為、明判之道可^三於理非^一、望^三請法意將為^一證驗^一、謹問、
答、律云、有^レ贓^レ備、受^レ贓者備^レ之、令^三云^一、察獄之官、先備^三五聽^一、又驗^三諸證信^一者、今如^三問狀^一、甲以^レ乙為ニ口入^一、誠雖^レ入^三粉借書^一、甲既不^レ請^三其物^一、乙暗以^三請^一其^三實^一、擬^三檢律條^一、乙是受^レ贓者也、偏就^三借書^一難^レ可^レ責^レ甲、宜^三下尋^一證信^一以定^三償否^一、

(中略)

弘仁二年閏十二月

明法博士物部敏久

(読み下し文)

たとへば甲先年乙を以つて口入人と為し、借書を入れ丙に粉一石を借用せんと擬す、而るに乙甲に知らせしめ

ずして、粃の実を請ひ取り丁所に宿置す、其後乙丁と同心して他人に宛行ふ、爰に甲陳べて云はく、物の実を請はず、借書を返すべしてへり、而るに乙返さず、彼の手契自ら年月を経渉す、然ると雖も粃主甲に責徴せず、然る間粃の実を請ひて云はく、乙去春の比を以つて亡去した、仍ち丙乙死亡の由を受け、四五箇年の息利十斛を加へ、粃弁返去すべし、忽ち驚きて此れ責め無し、彼の借書を尋問するに、本一石の手契を以つて、二石の文書に書成す、暗愚の身為す所を知らず、明判の道理非に於いてすべし、望み請ふらくは法意將に證驗為らんことを、謹んで問ふ、

答ふ、律に云はく、賊有りて備ふべくは、賊を受くる者之を備へよ、令に云はく、察獄の官、先に五聽を備へよ、又諸の證信を驗せよてへり、今問狀の如く、甲乙を以つて口入と為し、誠に粃の借書を入ると雖も、甲既に其物を請はず、乙暗かに以つて其の実を請ふ、律条に挾檢するに乙是れ賊を受くる者也、偏へに借書に就ひて甲を責むべき難し、宜しく證信を尋ね以つて償否を定むべし、(中略)

弘仁二年閏十二月

明法博士物部敏久

この法家問答では二つの質問が掲げられていて、一つは民部省常収米の貸借に関するものであるが、これは省略した。質問者はわからないが、瀬賀正博氏は民部省の官人ではないかとしている。回答者は姓を中原とも興原とも称した明法博士の物部敏久である。質問の内容は次のようなことであつた。質問者本人とも思われる甲が、先年口入人、すなわち仲介者である乙を介して、借用書を入れて丙より粃一石を借用するとしたところ、乙は甲に知らせないで無断で粃そのものを受取り、丁の所に置いておいた。その後乙は丁と氣脈を通じてその粃を他人に宛行つた。ここで甲は粃そのものは請求しないので、借用書を返してほしいといったところ、乙は返却しなかつた。そしてその契約より年月が経過したが、しかしながら粃のもととの所有者は甲に対してなんら回収請求をしなかつ

た。そうこうしている間に^(丙)が言うには、乙が去年の春頃に死去し、それで丙は乙が死亡したのを受け、四・五ヶ年の利息分十余石を加えて^(丙)を返却すべきと。^(甲)は全くこれに驚き責めは無く、その借用書を確認したところ、本来一石の契約なのに二石の文書に作り替えられている、愚か者の身にはどうしてよいかわからない、是非を明らかにし、法意によって立証してほしい、と。

この質問に対して、物部敏久は、名例律と獄令の規定を援用した上で、次のように回答を行なった。すなわち、甲は乙を仲介人として確かに^(丙)の借用書を丙に入れたけれども、甲は^(丙)を受領せず、乙が密かに^(丙)のものを受領しているのだから、律の規定によって乙が贓物を受領した者である。一方的に借用書によって甲の責任を問うことは困難であり、証拠を確認して償否について定めるべきである、と。

^(丙)の借用がどのような状況の下で行なわれたのか、よくわからない点もあるが、内容的には当時の消費貸借、それも私的な関係で行なわれる私出挙に関する問答であることは確かであると思われる。それも甲の主張が事実とすれば、今日の悪徳商法に通ずるようなかなりあくどい行為が乙や丙によって行なわれていたといえる。物部敏久の回答は、この事件が裁判上で争われた場合における判決結果を、あらかじめ示すものであったと思われるが、瀬賀氏が述べているように、^(丙)正当性を保障する「墨付き」、鑑定書であったともいえる。

一覧表の整理番号(3)も、質、貸借、売買等の私的な取引に関する問答である。いずれも大変興味深いものであるが、とりあえず質に関する問答部分のみを次に掲げる。

【史料3】

伊福部真実問 天元四年十二月四日

仮令甲置質乙許、甲請借之後、加二倍利一并済已畢、爰乙留置本文書未返行、就中相副三間一面板屋一字券、案文同以置、而其文書于今未返之旨、未レ知法意、謹問、

答、格云、豊富百姓出三挙錢財一、貧乏之民宅地為質、此至責急、自償質家、無レ処住居、逃散他国、既失本業、或民弊多、為蠹実深、自今以後、皆悉禁斷、若有先日約契者、雖至償期、猶任住居、稍令酬償者、為質宅地、禁制尤重、是則失其住所、失其本業之故也、所謂舍屋亦是住所也、而如三問狀、甲所借之物、乙請得之後、留置本文書、不レ返行之、内屋一字券案、于今未返者、決レ争之道、尋情為レ宗、返補借物之後、何不レ返彼借書、況乎不レ返屋券、甚乖格制、

(読み下し文)

伊福部真実問ふ天元四年十二月四日

たとへば甲質をこの許に置きて、甲請借の後、一倍の利を加へ、并済已に畢、爰に乙本文書を留置し、未だ返行せず、就中三間一面板屋一字券を相副へ、案文同じく以て置く、而るに其の文書今に未だ返さざるの旨、未だ法意を知らず、謹んで問ふ、

答ふ、格に云はく、豊富の百姓錢財を出挙し、貧乏の民宅地を質と為す、此れ責急に至り、自ら質家を償ひ、住居する処無く、他国に逃散し、既に本業を失ふ、或ひは民弊多く、蠹為ること実に深し、自今以後、皆悉く禁斷す、若し先日約契有らば、償期に至ると雖も、猶ほ任に住居し、稍く酬ひ償はしめよてへり、宅地を質と為すは、禁制尤も重し、是れ則ち其の住所を失ひ、其の本業を失ふの故也、いはゆる舍屋亦た是れ住所也、而るに問狀の如く、甲借りる所の物、乙請得の後、本文書を留置し返行せず、内屋一字券案、今に未だ返さざるは、争を決するの道、情を尋ぬるを宗と為す、借物を返補するの後、何ぞ彼の借書を返さざらんや、況んや

屋券を返さざらんや、甚だ格制に乖る。

質問者の伊福部眞実は官職・位階等が表示されていないので一般の庶民、部民の系譜を引く者と思われる。その質問内容からすると、何らかの商取引に深く係る環境にあったことが想定される。そして、この回答が寺務執行の箇所に記載されていることを考えると、伊福部眞実は寺院経済に関与していたのではないと思われる。眞実は、債務を弁済したのに借用証文は勿論、質として設定された板屋一軒についての証文を返却しないのは、果たして法意に合致するかという趣旨の質問を提示している。これに対する回答は、宅地を質とすることを禁ずる格を前提として、借書を返却しないこと、まして屋券を返却しないのは格に違反するとしている。ここで問題となっている格は、天平勝宝三年（七五二）九月四日の格で宅地園圃の質入れを禁じたものであるが、明法の法解釈を通して平安後期には全く逆に質入れ容認の論理にすり替えられていった。²¹ 回答はこの格の趣旨の変化を当然の前提として、質入れそのことの違法性を問うことなく、債務弁済後の担保証文の抑留に対し、法的解釈論の展開として了解できるかは別として、その返還を根拠付けけるものとしてこの格を利用した訳である。

以上、二例だけであるが私的な内容を有する法家問答について詳しくみてきた。法家問答といわれるものの数自体がそれほど多くはなく、ましてその中の私的な問題に係る問答は極めて少数である。しかしながら、当時の明法が、このような私的相談活動に携わっていたことは否定できないであろう。当時の明法と称される人たちの集団が、人数的にどの程度存在したのか正確には把握できないが、それほど多くいたとは到底思われない。このような少数の法律家集団の活動を過大視することは勿論避けなければならないといえ、大学寮や刑部省等で官人として活動する法曹官僚としての明法が、官司や官人だけではなく個人からの法的な質問に対応していたということは極めて意味のあることではないかと思われる。そうした明法の活動を全体的に眺めると、それは法の運用・解釈を一手に

担う法律家集団、いわば判検事的機能と弁護士的機能が一体化された、一体型法曹と特徴付けることができるのではなからうか。⁽²³⁾

ただ問題は、明法が法律相談活動のみならず、法廷における弁護活動のようなことを行なっていたかどうかという点である。この点についてはまだ十分な解明は困難であるが、基本的には前述したように、陣定のような法廷の場と明法の係わりは勘文という文書の提出、それも第三者的な立場からの意見書の提出という形ではなかったかと思われる。そもそも陣定は公卿層の合議の場であり、公卿以外の者がそこで弁論をするということはおよそ考えがたいことといえる。そして、裁定の場が摂関家や寺家であったとしても、明法の活動はもっぱら勘申文書の提出に終始していたように思われる。勿論、権門間の所領争論の時によくみられるように、その意見書が実質的に当事者のどちらかを利する内容のものであったとしても、建前としては法律専門家としての客観的な意見として提出されたという性格を完全に払拭することはできなかったように思われる。一方の当事者のために弁論活動を展開する明法は、およそ考え難いのではなからうか。院政期に摂関家政所や院庁公文所において、所領相論に関する激しい弁論活動を展開した東大寺の僧覚仁はあまりにも有名であるが、当時の明法の中にそのような法廷活動を行なった姿を今のところ確認することはできない。そういった意味では白洲への差添を重要な活動内容とした江戸期の公事宿とは、この点でかなり異なっているといえるかもしれない。

(1) 「法曹至要抄とその著者」(『日本古代史の基礎的研究』下制度篇(東京大学出版会、一九六四年)九三頁以下)。

(2) 『中世成立期の法と国家』(塙書房、一九八三年)一一九頁以下。

(3) 『日本中世法書の研究』(汲古書院、二〇〇〇年)一頁以下。

(4) 平安遺文二四五五号。適宜に返り点および傍線等を付し、新字体を使用。以下、掲記史料の表記にあたっては、旧字体は新字体に、俗字は正字にあらためた。

- (5) 『続律令制の研究』（慶應通信、一九八八年）五一頁以下。
- (6) 利光三津夫・松田和晃「古代における中級官人層の一系図について——東京大学史料編纂所蔵『惟宗系図』の研究——（上）」（『法学研究』五六巻一号、三三・三頁）の注（41）を参照。
- (7) 吉田早苗「京都大学附属図書館所蔵『兵範記』紙背文書にみられる申文」（『東京大学史料編纂所報』一四号、一二・三頁）所載の「惟宗成直申文」を参照。
- (8) 法律家集団としての「令官」「令師」について、早川庄八「日本古代官僚制の研究」（岩波書店、一九八六年）四二七頁以下、虎尾俊哉『古代典籍文書論考』（吉川弘文館、一九八二年）三八頁以下、水本浩典『律令注釈書の系統的研究』（塙書房、一九九一年）四六七頁以下、等を参照。
- (9) 大学寮明法科については、桃裕行「上代学制の研究（復刊）」（吉川弘文館、一九八三年）一頁以下、布施彌平治『明法道の研究』（新生社、一九六六年）六五頁以下、野村忠夫「明法科の成立過程——養老令創始説の提起——」（『古代学』一四巻、一八頁以下）、利光三津夫「律令制とその周辺」（慶應義塾大学法学研究会、一九六七年）一〇一頁以下、松田和晃「明法学」（雄山閣出版編『古代史研究の最前線』第4巻文化編「下」（雄山閣、一九八七年）三頁以下、久木幸男「日本古代学校の研究」（玉川大学出版部、一九九〇年）七五頁以下、三五六頁以下、瀬賀正博「明法道をめぐる若干の問題」（『國學院法政論叢』二七号、三頁以下）、等を参照。
- (10) 長谷山彰氏の最近の研究、「明法博士の成立をめぐって」（『三田古代史研究会編『政治と宗教の古代史』（慶應義塾大学出版会、二〇〇四年）一〇七頁以下）によれば、明法博士という呼称は慣習的に法律学に優れた者という趣旨で用いられていたところ、神龜五年（七二八年）の官制改革で唐風色の強い律学博士という名称に定められたが、結局のところ定着しなかったということである。
- (11) 明法曹司については、水本前掲書四七四頁以下、利光三津夫・長谷山彰『新裁判の歴史』（成文堂、一九九七年）二〇一頁以下、等を参照。
- (12) 明法勘文や法家問答については、瀧川政次郎『日本法制史研究（復刻版）』（名著普及会、一九八二年）五七二頁以下、七一四頁以下、布施前掲書九四頁以下、棚橋前掲書九五頁以下、前田禎彦「撰開期裁判制度の形成過程——刑部省・檢非違使・法家——」（『日本史研究』三三九号、一四一頁以下）、梅田康夫「平安期の法家問答について」（『金沢法学』三三巻一・二合併号、三七頁以下）、上杉和彦「日本中世法体系成立史論」（校倉書房、一九九六年）四八頁以下、瀬賀正博「明法勘申制の成立過程」（『國學院法政論叢』二四号、三頁以下）、同「法家問答の特質」（『國學院法政論叢』二〇輯、一一九頁以下）、同「明法勘申制の成立過程」（『法制史研究』四九号、八五頁以下）、同「罪名勘申の成立」（『法史学研究會会報』五号、一二頁以下）、等を参照。
- (13) 「明法博士官歴攷」（小林宏編『律令論纂』（汲古書院、二〇〇三年）六五頁以下）。

- (14) 佐藤進一『日本の中世国家』(岩波書店、一九八三年)二四頁以下、上杉前掲書一〇四頁以下、等を参照。
- (15) 前掲『日本法制史研究(復刻版)』五七二頁以下、七一四頁以下。
- (16) 前掲『明法勘文機能論』九九頁。
- (17) 物部敏久については、布施前掲書一七七・八頁、利光前掲『統律令制の研究』五頁以下、等を参照。
- (18) 宛行の具体的な内容はわからないが、贈与か何かと思われる。
- (19) 前掲『明法勘文機能論』九九頁。
- (20) 国史大系本では、「書券」とあるが、内閣文庫本に従った。
- (21) 佐藤前掲書五二―五頁を参照。
- (22) 前述したように平安期における明法生の定員は20名であったが、これは各年度の受入数ではなく、全体の収容学生数であった。そこから明法得業生となり明法試に合格して官人として登用されるのはせいぜいで年に数名程度であったと思われる。大学寮や太宰府の明法博士、刑部省の大・中・少判事をはじめ、検非違使庁や太政官外記局等の官人等として任用されるが、兼任も多くその総数はおそらく三桁に達するかどうか、という位のところではないかと思われる。
- (23) 法曹に関する議論の中で、従前よりよく法曹一元ということがいわれてきた。その内容・概念は多義的であるが、基本的には法曹養成に係る問題として、特に裁判官の任用について弁護士等の一定の実務経験者から選任すべき、という趣旨で理解されてきたといつてよいであろう。法曹一元の下であっても、裁判官と弁護士がそれぞれ異なった業務を営むことには変りがない。ここで一体型というのは、同一主体が同時に両者の機能をはたしていることを意味している。
- (24) 覚仁については、さしあたり久野修義「覚仁考―平安末期の東大寺と悪僧―」(『日本史研究』二一九号、一頁以下)を参照。

四 事例型法解釈と注釈型法解釈

(a) 近世江戸期の下役人における事例型法解釈

近世江戸期における重要な法原理の一つが、古法墨守、先例重視であったことはあらためていうまでもない。⁽¹⁾それは裁判の場においても強調された原理であった。公事方御定書が編纂され裁判上の基準が定まった後において

も、先例の重要性は決して減殺されることはなかった。一般に御定書百ヶ条と言い習わされてきた、公事方御定書下巻の編纂過程がわかる科条類典を繙けば、そもそも御定書下巻はそれまでの先例、判例を基にして、それを条文化したものであったことが直ちに了解できる。もともと小林宏氏が最近明らかにしているように、その法典化、体系化に際しては吉宗の律令に関する法的な素養、知識が随所に発揮されたということはあるが、それにしてもその素材となったのは、幕府における過去の判例、先例であったことは間違いないところである。

近年、神保文夫氏や井ヶ田良治氏によって、近世江戸期の裁判記録、裁判資料の発掘・収集、そして調査研究が精力的に進められてきた。神保氏は幕府について、「むしろ幕府の法実務では、一般的・抽象的法規範という形をとるよりも、判例・先例など、個別的事案に即して判断された具体的法規範、法律学ではそういうものを「不文法」といいますが、そのような具体的法規範を当該事案に当てはめて、そこから帰納的に結論を導くという方法で、法が発達していったといえるように思います」と述べて、下役人により先例や判例が常に参照され新しい法の創造が行なわれたとしている。また井ヶ田氏は丹後田辺藩について、「日本の田辺藩の裁判資料が、奉行所の役人の手によつて職権的に詳細に記されているのは世界的にみても注目すべきことではないかと思われる。これはイングランドの *plea rolls* というよりも、内容的にはロー・レポートに近いうえに克明な逐語的レポートであるから、その詳細さは特筆すべきものであろう。それは、裁判の手続きが定式化されず、したがって、法関係の類型化や法論理の理論化が遅れている証拠でもあるが、同時に、先例主義の古風な性格が強いことを物語っている」と述べて、注目すべき裁判記録の整備の背景には、先例主義に基づく裁判が行なわれていたことを指摘している。このような先例や判例を見合わせて、それを根拠として制限はあるにせよ創造的な法解釈を行なっていくというあり方を名付けて、事例型法解釈としておきたい。⁽⁶⁾このような法解釈は、最も典型的な形でいえば、吟味筋すなわち刑事裁判における量刑の局面において、先例や判例に見合わせて刑罰の軽重がはかられるという形であらわれている。⁽⁷⁾以上のよ

うな近世江戸期の下役人における事例型法解釈との対比でいえば、平安期の明法における法解釈のありようは、注釈型法解釈と定義することができるのではなからうか。次に、この明法の注釈型法解釈について述べることにする。

(b) 平安期の明法における注釈型法解釈

明法の法解釈については、これまで様々な形で光があてられてきた。戦後の古代中世史学をリードした石母田正氏はかの歴史的名著において、いわゆる「寺奴の論理」が東大寺の所領拡大の理論的武器として用いられたことを鋭く分析したが、その論理を支えていたともいえるのが法家による法解釈論であった。同じく古代から中世への移行過程を、統治機構の面から極めて簡潔かつ的確にトレースした佐藤進一氏により、⁽⁹⁾ 律令法を改変し新しい法理を創出する法的テクニクとして取り上げられたのが、明法による「准用」および「折中」といった法解釈理論であった。また院政期の法を中世法の端緒として積極的に位置づけた棚橋光男氏は、⁽¹⁰⁾ 院政期における明法の理論的活動の結晶として『法曹至要抄』を捉え、それは院政期の慣習法を体系化したものであり、そこには律令と異なる新たな法理の構成がみられると評価した。これに対し、長又高夫氏は、⁽¹¹⁾ 『法曹至要抄』を現実社会との係わりをあまり考慮することのない学術的解釈と捉える一方、『裁判至要抄』を記録所の裁判規範、実際の法適用のための現実的な法解釈と位置付けた上で、「和与」や「悔還」といった具体的な法概念に関する明法の法解釈論の展開を緻密に分析検討している。さらに明法の法解釈技術について、因准の概念を中心にしてその構造・機能を分析し、そうした概念を利用して行なう明法の法創造活動の特徴を詳細に検討したのが、小林宏氏の一連の研究であった。⁽¹²⁾ 小林氏によれば、「因准は、「折中」という実質的正義になかった具体的妥当性を得る為の論理的プロセス、即ち理由づけを重視する法的思考様式であった」ということになる。⁽¹³⁾ 最後に、瀬賀正博氏による最近の研究をあげよう。⁽¹⁴⁾ 氏によれ

ば、明法にとつては律令格式、とりわけ律令がもつばら法源として意識されていて、判例法を形成しようという動きは見出し難いこと、他方「説者云」という形態で学説を法解釈の根拠、法源として捉える現象がみられるということである。

以上、明法の法解釈に関連する研究はこのほかにも多々あると思われるが、とりあえず目についた主要と思われる研究についてごく簡略に紹介を行なった。明法の法解釈が既存の律令格式の体系との均衡をはかりながら、巧みに新しい法的関係の導入をはかつていく、そうした様相が様々な局面から解明されてきたといつてよいかと思われる。では実際の裁判の中で、明法はどのような法解釈論を展開しているのか、明法勘問を素材にしてそのごく象徴的な例を取り上げてみることにする。その扱う内容・対象との関係で明法勘文にも様々なものがあるが、ここでは最も代表的な罪名勘文と公事勘文についてそれぞれ一例のみを取り上げる。

罪名勘文とは、犯罪に関する断罪と量刑についての明法による答申である。もともとは刑部省の断文により行なわれていた機能を、明法が次第に引き継いでいったのであるが、その移行の時期については必ずしも明確ではない。承和二年（八四五）から翌年にかけて争われたいわゆる善愷訴訟事件は極めて著名な事件であり、そしてその時の罪名勘文は最も初期のものと考えられている。この事件については、詳細な記録が残されている⁽¹⁵⁾。それ故、当時の裁判や政治状況を探るのに好個の題材とされ、多数の文献の中で言及されてきた。事件のごく簡略な経過等について、早川庄八氏の整理を基にして作成した表2を次頁に掲げる。ただし、小野篁の関与に関連する事項は省略しである。

法隆寺の僧善愷が登美直名の不法を訴えたところから始まったこの事件は、その訴訟を受理した弁官の責任問題に発展し、弁官の犯した罪が公罪であるか私罪であるかをめぐって、明法が提出した三種類の勘文の間で意見が分かかれ、最終的には太政官の合議によって公罪として処断されることとなった。次に掲げる史料は、その経過の中で、

表2 善愷訴訟事件の経過

承和12年 (845)	(イ)	法隆寺僧善愷が、檀越登美直名の枉法を訴える訴状を弁官に提出
	(ロ)	左中弁伴成益等が上官の同意を得てこの訴状を受理
	(ハ)	右少弁伴善男が、弁官に牒状を出し、弁官がこの訴状を受推するのは違法と主張
承和13年 (846)	(ニ)	法家に対し、善愷が違法の訴状を以て登美直名を告言した罪と、それを受推した諸弁の罪を勘申すべき旨の右弁官宣旨
	(ホ)	大判事讃岐永直・明法博士御輔長道・勘解由使川枯勝成の三名連名の断文、左大史伴良田宗の断文、彈正大疏漢部松長の断文、以上三通の断文が提出される
	(ヘ)	法家の勘申は公罪か私罪かで論を異にし、そのため科断も同じでないので、覆問し執申させるべき旨の奉勅宣旨
	(ト)	官議、諸弁の犯を私罪と断じ、上奏

讃岐朝臣永直、御輔長道、川枯勝成による当初の公罪とする勘申内容、およびそれに対する太政官合議による反駁、そして讃岐永直の見解変更、といった点に関する記述の一部を掲げたものである。⁽¹⁶⁾

【史料4】

(前略) 右大判事讃岐朝臣永直、明法博士御輔長道、勘解由主典川枯勝成等断文云、右弁官宣、法隆寺僧善愷以違法訴状一、告少納言登美真人直名一、并受推官人等罪、勘申者、今檢訴状一、直名強売賤物一、過取之差直錢、准臧布廿二端三丈、扨職制律一、准枉法一論、合遠流一、是所告之罪、關訟律云、告二人罪一、皆須明注三年月一指中陳実事上、不_レ得_レ称_レ疑、官司受而為_レ理者、減所_レ告罪一等一、今檢諸弁所_レ執、彼此異_レ論、公私難_レ弁、然尋_レ犯由緒一、此縁_レ公事一致_レ罪、可_レ無_レ私曲一、仍須_レ從_レ公坐法一自_レ流上_レ減_レ二_レ等_レ徒三年、身帶_レ三五位已上_レ、請_レ減_レ一等一、徒二年半上、即罪輕不_レ尽_レ其官一、聽_レ贖銅五十斤一者、(中略)

官議云、今案_レ所_レ答、皆称_レ有_レ私、加以、問_レ僧善愷_レ答冊_レ之由上、永直・長道等申云、猶合_レ處_レ答冊一、何者、案_レ所_レ執弁官申上_レ、不_レ令_レ俗形一者、然則弁官許容、不_レ令_レ俗形一、准_レ律、官

人百姓共犯^レ罪、以^二官人^一為^レ首、仍許容之并官為^二罪首^一、合^レ處^二答五十一^一、從減^二一等^一合^レ處^二答冊^一者、既云^二許容^一、豈非^レ挾^レ私、然則有^レ私之說、彼此一同、唯以^レ未^レ有^レ所^レ曲、猶稱為^二公罪^一、仍更詰難、公私之律、上下失^レ所、相須之文、龜注倒^レ義之由、永直等覺悟、更無^二駁義^一、以^レ此論^レ之、既非^二公罪^一、何者、名例律云、(中略)

而長道等云、有^レ私無^レ曲、或有^レ曲無^レ私、仍為^二公坐^一者、文義俱亂、其誣已甚、又云、私曲相須、仍成^二私罪^一者、仍案^二私罪之條^一、終無^二相須之句^一、何以^二無^レ挾之傳說^一、輒亂^二不^レ疑之成文^一、上下失^レ所、公私混^レ義、是亦不^レ通也、後經^二數日^一、永直等更進^二所答不^レ尽之狀^一云、私曲者謂^二私之曲^一也、相須之句者、合^二私曲二字^一為^二一義^一、連讀之意也、(後略)

(読み下し文)

(前略)右大判事讃岐朝臣永直、明法博士御輔長道、勘解由主典川枯勝成等の断文に云はく、右并官宣するに、法隆寺僧善愷違法の訴狀を以て少納言登美真人直名を告し、並びに受推の官人等の罪、勘申するは、今訴狀を検するに、直名強ひて賤物を売り、過取するの差直錢、賊に准ひ布廿二端三丈、職制律に掣るに枉法に准ひて論するに遠流すべし、是れ告する所の罪、鬪訟律に云はく、人の罪を告するは、皆須べからく明らかに年月を注し、実事を指陳すべし、疑ひと称するを得ず、官司受けて理を為さば、告する所の罪一等を減ぜよ、今諸并執する所を検するに、彼此論を異にし、公私を并じ難し、然るに犯す由緒を尋ぬるに、此れ公事に縁りて罪に致す、私曲無かるべし、仍つて須べからく公坐の法に従ひ流上より一等を減じ徒三年、身五位已上を帶ぶれば一等を請減し徒二年半すべし、即ち罪輕く其の官を尽くさざるは、贖銅五十斤を聴せてへり、(中略)官議して云はく、今答ふる所を案するに、皆私有りと称す、加えて以て僧善愷答冊に処するの由を問ふ、永直・

長道等申して云はく、猶ほ答冊に処すべし、何ぞ、所執の弁官の申上を案するに、俗形せしめずてへり、然れば則ち弁官許容し、俗形せしめず、律に准ふに官人百姓共に罪を犯さば官人を以て首と爲す、仍つて許容の弁官を罪首と爲し、答五十に処すべし、従つて一等を減じ答冊に処すべしてへり、既に許容と云ふは豈に私を挾むに非ず、然れば則ち私有るの説、彼此一に同じ、唯曲する所未だ有らざるを以て、猶ほ称へて公罪と爲す、仍つて更に詰難するに、公私の律、上下所を失ひ、相須あひまうの文あま注して義を倒すの由、永直等覚悟し更に駁義無し、此を以て之を論するに既に公罪にあらず、何ぞ、名例律云はく、(中略)

而るに長道等云はく、私有りて曲無し、或ひは曲有りて私無し、仍つて公坐と爲すてへり、文義俱に乱れ、其の誣しり已に甚だし、又云はく、私曲相須、仍つて私罪を成すてへり、仍つて私罪の条を案するに、終に相須の句無し、何ぞ拠無きの伝説を以て輒ただく疑はざるの成文を乱さんや、上下所を失ひ、公私義を混ぜ是亦通ぜざる也、後数日を経、永直等更に答ふる所尽くさざるの状を進ませて云はく、私曲は私の曲を謂ふ也、相須の句は私曲二字を合はせ一義と爲し連読の意也(後略)

実線部分は明法の見解、波線部分は太政官合議に参加した公卿の見解を示している。明法の見解では、「私」と「曲」の両者が相まって私罪を構成するとするのに対し、公卿層は律の私罪に関する規定には「私曲」相まってという表現は見いだせないと反駁した。それを受けて讃岐永直は、「私曲」は「私之曲」と一義に解しなければならぬと見解を変更したのであった。この永直の修正された見解も小野篁等によつて批判されることになるのであるが、いずれにしてもこの論争においては、律令の規定の字句表現をめぐつて、少なくとも表面的にはその語義的理解に関する議論があれこれと行なわれた。律令の規定の実効性についての議論はあつても、先例や実際の具体例を持ち出しての議論は全くない。

次に、公事勘文についてである。公事勘文とは、土地や財物の領有や取引、相続等をめぐる争いに関してなされた明法の判定のことをいう。平安後期以降に所領相論が増加するに従い、その比重も増していったようである。ただこうした所領相論に関する公事勘文は、公験や各種文書の真偽確定、所領の伝領等についての調査、境界等の实地検分等といった、事実認定に係わる内容が多く、そこでながしかの法律解釈論が展開されるということとはあまりない。そうした中で次に掲げる官宣旨案は、その中で明法自身によるものではないが、悔還に関する解釈論を展開している点で興味深い。

【史料5】

官宣旨案（内閣文庫所蔵撰津国古文書）

左弁官下 東大寺

応三如レ本領ニ掌撰津国長渚御厨地一事

右、得ニ左衛門権少尉兼明法博士中原範政去康和四年十二月十五日勘状ニ依、左大史小槻宿祢祐俊仰依、右中弁藤原朝臣長忠伝宣、大納言源朝臣俊明宣、奉レ勅、鴨御祖社与ニ故皇太后宮職ニ相ニ論撰津国長渚御厨一事、

宣下仰ニ明法博士ニ令レ勘ニ申彼此理非ニ者、（中略）

抑件長渚相博之日、已書ニ永字ニ、是則雖レ歷ニ年歳ニ、敢不レ可レ有ニ変改ニ之謂也、今尋ニ律状ニ、買ニ馬牛ニ立券之後、有ニ旧病ニ者、三日内聴レ悔者、抛ニ此文ニ、至レ于ニ馬牛ニ者、売買之後有ニ旧病ニ日、雖レ有ニ悔法ニ、於ニ他物ニ者、無レ有ニ悔者、以レ此謂レ之、職家之訴似レ無ニ理致ニ、就中至レ于ニ長渚御厨ニ者、不レ可レ有ニ牢籠ニ之由、去寛治六年十二月廿二日有ニ御託宣ニ、仍件記文所ニ副進ニ也、子細之旨見ニ記文ニ也、職家称レ為ニ東大

寺之領一、可レ返二領掌一之由、今被二訴申一之条、更無二其謂一、但、売買人用レ物之間、自レ隔二數日一、互無二取返一、況相二博神領田一之後、已經二多年一、何有二悔還一哉、左右之間、神慮難レ測者、今就二宣旨一、勒在狀一謹解者、(中略)

謂レ彼謂レ此、寺家雖レ領二其地一、至レ于二在家一者、展転領掌之由、非レ無二其理一、方今職家相二博社領一之日、放券分明也、豈輒有二悔還之理一哉、是則任二承前之跡一、寺家雖レ知二其地一、於二在家一者、伝来經二數歲一之故也、(後略)

(読み下し文)

官宣旨案 (内閣文庫所藏撰津国古文書)

左弁官下す 東大寺

應に本の如く撰津国長渚御厨地を領掌すべきの事

右、左衛門権少尉兼明法博士中原範政去んぬる康和四年十二月十五日勸状を得るに你はく、左大史小槻宿祢祐俊仰せて你はく、右中弁藤原朝臣長忠伝宣するに、大納言源朝臣俊明宣す、勅を奉はるに、鴨御祖社と故皇太后宮職と撰津国長渚御厨を相論するの事、宜しく明法博士に仰せて彼此の理非を勸申せしむべしてへり、(中略)

抑も件の長渚相博の日、已に永字を書す、是れ即ち年歳を歴ると雖も、敢へて変改有るべからざるの謂れ也、今律状を尋ぬるに、馬牛を買ひ立券の後、旧病有らば、三日の内に悔ゆるを聴せてへり、此の文に拠つて、馬牛に至りては、売買の後旧病有るの日、悔法有ると雖も、他物に於ひては、悔有ること無してへり、此れを以つて之を謂ふ、職家の訴へ理致無きに似たり、就中長渚御厨に至りては、牢籠有るべからざるの由、去んぬる寛

治六年十二月廿二日御託宣有り、仍ち件の記文副へ進まゐす所也、子細の旨記文に見る也、職家東大寺の領為ると称し、領掌を返すべきの由、今訴へ申せらるの条、更に其の謂れ無し、但しかぞ売買の人物を用いるの間、数日を隔つより互に取返すこと無し、況んや神領田を相博するの後、已に多年を経、何んぞ悔還くひかへ有らん哉、左右の間、神慮測り難してへり、今宣旨に就ひて、在状を勒し謹んで解すてへり、(中略)

彼と謂ひ此と謂ひ、寺家其の地を領すると雖も、在家に至りては、展転領掌の由、其の理無きに非ず、方今職家社領を相博するの日、放券分明也、豈に輒く悔還の理有らん哉、是れ則ち承前の跡に任せて、寺家其の地を知ると雖、在家に於いては、伝来数歳を経るの故也、(後略)

最初の中略の後の文は鴨社司惟季の主張に相当する部分であるが、その点線部分では馬牛の売買については三日以内の取消について規定した雑律の買奴婢馬牛条を引用した上で、他の物についてはそういうことはないという反対解釈を展開する。また波線部分では、物を売買した後数日経つと取り返しができない、まして神領田を相博した後、多年を経ているのにどうして悔還ができるのかと、勿論解釈を展開している。悔還については、譲与や遺贈等の相続との関連で多くの研究がなされてきたが、⁽¹⁸⁾ここでは相博すなわち所領の交換についての悔還が問題となっている。鴨社司は極めて素朴な論理を展開したのであるが、結果的には二重の傍線部分からわかるように鴨社司の主張は明法博士中原範政の勘文で認められることになった。史料には掲載しなかったが、範政は極めて多数の律令格式や令義解を根拠として挙げた上で、論を展開しているのである。

以上、罪名勘文と公事勘文についてごくわずかに垣間見てきたが、明法勘文において実際の裁判において争われた先例や判例が挙げられることはほとんどないといってよい。唐代中国と異なつて、判例集のようなものが実際に編集されたといえる確かな証拠も確認できない。そして明法が最大に精力を注いだのは、令義解にはじまり、令集

解の編纂やそこに所載される各種の注釈書、また法曹類林、法曹至要抄、裁判至要抄等の各種の法律書、政務書等の編纂、著述の事業であった。このような明法の法解釈のあり方は、近世江戸期の下役人のそれと対照させて、注釈型法解釈であったといえるのではなからうか。

- (1) 服藤弘司『幕府法と藩法―幕藩体制国家の法と権力―』（創文社、一九八〇年）八八頁以下を参照。
- (2) 最近の高塩博氏の研究、『公事方御定書』下巻の伝本と呼称について」（藤田寛編『近世法の再検討―歴史学と法史学の対話―』（山川出版社、二〇〇五年）五九頁以下）によれば、その呼称は近代になって広まったものとのことである。
- (3) 「徳川吉宗の立法技術―律令的レトリックの導人に寄せて―」（『法史学研究会会報』一〇号、一頁以下）。
- (4) 前掲『幕府法曹と法の創造―江戸時代の法実務と実務法学―』（一二三頁。なお、『江戸時代前半期幕府判例集・判例法の研究』（平成6年度科学研究費補助金（一般研究（C））研究成果報告書）を参照。
- (5) 『丹後田辺藩裁判史料の研究 英・独の裁判制度との比較を通じて―』（平成4年度科学研究費補助金一般研究（C））研究成果報告書）一三頁。
- (6) 先例型法解釈あるいは判例型法解釈といってもよいのかもしれないが、今日的な意味での先例拘束主義が確立していたとは思われないので、とりあえず事例型と称しておきたい。
- (7) 民事的な領域においても、例えば質地の請戻しに関する訴訟や金銀出入に関する事件においては、累積した先例による一定の拘束力が想定されなければならないと思われる。神保文夫氏の研究によれば（『西欧近代法受容の前提―大阪町奉行所民事裁判法の性格について―』（石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の再定位』（創文社、二〇〇一年）一四七頁以下）、勘定奉行および評定所は金銀出入の処理について公事方御定書的方式で統一しようとしたが破綻し、結局のところ大阪町奉行所では独自の取扱が復活し、やがて江戸にも波及し全国法となっていた。そのような金銀出入に関する法規範の形成および発展について、神保氏は、制定法・成文法によるというよりも、主として先例・判例の集積を通しての結果と考えている。
- (8) 『中世的世界の形成』（東京大学出版会、一九五七年）五〇頁以下。なお、石母田による「寺奴の論理」の理解に関する批判的検討として、奥野義雄「黒田莊にみる「寺奴の論理」の発生をめぐって―対国衙公権と東大寺莊園領主の土地掌握の論拠として―」（『南都仏教』四八号、四七頁以下）を参照。

- (9) 前掲書五〇頁以下。
- (10) 前掲書一一九頁以下。
- (11) 前掲書一頁以下。
- (12) 「因循」について——日本律令制定の正当化に関する考察——（『國學院法學』二八卷三号、一頁以下）、「因循ノ文ヲ以ッテ折中ノ理ヲ案ズベシ」明法家の法解釈理論——（『國學院法學』二八卷四号、一頁以下）。
- (13) 前掲「因循ノ文ヲ以ッテ折中ノ理ヲ案ズベシ」明法家の法解釈理論——三四頁。
- (14) 「明法道における判例および学説法」（小林宏編『律令論纂』（汲古書院、二〇〇三年）一〇九頁以下）。
- (15) 瀧川政次郎『裁判史話』（乾元社、一九五一年）四四頁以下、藺田香融「承和十三年僧善愷訴訟事件に関する覚え書」（『関西大学文学論集』一〇巻一号、二一頁以下、渡辺直彦「善愷訴訟一件——その真相と意義——」（『日本歴史』一三二号、六〇頁以下）、早川庄八「承和十三年并官罷免事件の審理経過についての覚え書き」（『名古屋大学文学部研究論集』一〇四号（名古屋大学文学部四十周年記念論集・史学三五号）、一頁以下）、前田前掲論文一四四頁以下、等を参照。
- (16) 続日本後紀、承和十三年（八四六）十一月壬子（一四日）条。
- (17) 平安遺文二六六〇号。なお、この史料中の中原範政の勘文については、棚橋光男氏（前掲書一〇一頁、一三九頁）や上杉和彦氏（前掲書五七・八頁）も検討を加えている。
- (18) 中田薫「中世の財産相續法」（『法制史論集』第一巻（岩波書店、一九二六年）一七九頁以下）、三浦周行『法制史の研究』（岩波書店、一九一九年）五六五頁以下、利光前掲『続律令制の研究』一八九頁以下、田中稔『鎌倉幕府御家人制度の研究』（吉川弘文館、一九九一年）三六三頁以下、棚橋前掲書一四七頁以下、長又前掲書二〇三頁以下、森田悌「古代の悔還」（『続日本紀研究』三一・三二合併号、四六頁以下）、等を参照。

五 結びにかえて

以上、平安期の法曹としての明法を中心に、江戸期の法曹といえる公事師・公事宿および下役人と対照させて論じてきた。その結論は至って単純で、後者の江戸期の法曹は分離型法曹であり、事例型法解釈を行っていたのに

対し、前者の平安期の明法は一体型法曹であり、注釈型法解釈を行なっていたということである。ほとんど新鮮味のない平板な結論で、これまでの研究が精緻に積み上げてきた成果を、単にプリミティブな類型論に退化させただけとの批判を甘受せざるを得ないかとも思われる。また、中世、鎌倉、室町期の法曹はいかに、という当然の疑問も生じてこよう。⁽¹⁾ そういった意味ではまことに雑駁な内容に終始したが、ことのついでにさらに大きな視点から前近代の法曹の法解釈について考察したい。

まず比較法史的に考察を加えるならば、中世イングランドのコモンロー体系下での法曹学院 Inns of Court における一元的法曹養成と判例をベースとした法解釈、そして中世イタリア諸都市の大学に興起したいわゆる注釈学派および註解学派によるローマ法研究と実務への応用、ということがすぐに想起されるであろう。前者は事例型法解釈、後者は注釈型法解釈の系列に属することはいうまでもないが、これらについてはあまりにもよく知られているので省略し、以下では前近代イスラム法および古代アイルランド法の下における法解釈について（専門的に研究している訳ではないので、全く表面的な考察にすぎないが）、注釈型法解釈の系列として考えてよいのではないかということについて述べたい。

イスラーム法の原理の下では、⁽²⁾ 預言者ムハンマドを通して啓示された神の言葉を記した聖なる書、クルアーンが最高で究極の法源であったことはいうをまたない。しかし、そのみでは生活全般にわたって、法的な様々な問題について規律することはできない。次に法源として重要なのは、預言者の言動を意味するスンナであった。スンナはクルアーンと異なり、預言者の生存中には記録されなかった。しかし、クルアーン中にはその法的拘束力を明示する表現が各所に見出される。そして、これら二つの法源のほかに、イスラーム法では重要な法源としてさらに二種類のものが存在した。すなわち、イジュマールとキヤースである。いずれも法学者の活動を通して形成されるものである。イジュマールはイスラム共同体における意見の一致を意味するが、実際には法学者の意見や学者の著作にお

ける一致により形成された。キヤースは類推のことであり、真田芳憲氏によれば、「下すべき判断について明文の規定を持たない事件と、明文の規定の中に判断が示されている事件とを、明文の規定で示されている判断で結合すること」とされる。⁽³⁾

以上のように、イスラーム法においては聖典としてのクルアーンを頂点に、スンナ、イジュマ、キヤースと、その法源が重層的に構成されており、そして、新たな法の創造はクルアーンやスンナの注釈的な解釈を通して行なわれていった。特に法学者によるキヤースは、日本古代の明法における因准といった法解釈技術と共通する要素があるように思われる。

次に、古代アイルランド法の下における法解釈について述べる。⁽⁴⁾ 古代アイルランド社会には王によって任命されるブリーホンと称される法曹が存在した。彼らは裁判に携わるとともに、その記述内容は七・八世紀に遡るとされる多くの法書 Law Text とその注釈書をあらわした。法書は一四世紀から一六世紀頃の写本という形で残されている。本文、注釈、註解という三つの部分から構成されるが、注釈や註解のあり方は日本古代の令義解や令集解によく似た面がある。形式的には注釈を双行でいれたり、追加の注釈を欄外に書き込んだりしている。内容的にも、言い換えや具体例の挙示、他の本文の類似表現の引用、想定事案を示しての分析、語源的解釈、等々よく似た手法が用いられている。注釈型法解釈と位置付けられるであろう。

最後に、前近代日本における法曹の法解釈を注釈型と事例型という形で、かなり強引に腑分けしたが、しからばいずれが日本社会においてより基礎的であったのか、日本文化論的に考察したい。加藤周一氏は、政治的・思想的な文章を含め、日本語の文字であらわされた著作の世界観を、外来思想による世界観と土着の世界観の相克の中で次のように体系化している。⁽⁵⁾

日本人の世界観の歴史的な変遷は、多くの外来思想の浸透によってよりも、むしろ土着の世界観の執拗な持続と、そのために繰り返された外来の体系の「日本化」によって特徴づけられる。(中略)

外来の四つの世界観は、すべて包括的な体系である。抽象的な理論を備え、ある場合には彼岸的であり(仏教・キリスト教)、他の場合には此岸的である(儒教・マルクス主義)が、いづれも超越的な存在または原理との関連において普遍的な価値を定義しようとする。すなわち大乘仏教における仏性、キリスト教における神、儒教における天または理、マルクス主義における歴史である。(中略)

本来日本的な世界観の構造を叙述することは、明示的な理論体系の特徴を列挙するほど容易ではない。(中略)その世界観の特徴をさしあたり要約すれば、およそ次のようにいえるだろう。抽象的・理論的ではなく、具体的・実際的な思考への傾向、包括的な体系ではなく、個別的なものの特殊性に注目する習慣。そこには超越的な原理がない。(以下略)

すなわち、前者の外来思想による世界観については包括的な体系、抽象的な理論、普遍的な価値というキーワードが、後者の土着の世界観については具体的・実際的な思考、個別的なものの特殊性というキーワードが対応する。法文化についていえば、律令はまさに外来文化であり、包括的、体系的、普遍的な存在として聳えたち、その下での法解釈はそれに対する注釈としてのみ存在しえた。しかし、それは本来的な思考傾向との相克の中で実現した姿であったといえる。⁶⁾神保文夫氏は伊藤正己氏の言葉を引き合いに、今日の日本における成文法主義・法典主義の下での判例重視の傾向について述べているが、共鳴できる指摘ではなからうか。ただ、そこには江戸時代以来の伝統にとどまらない、もっと奥深い背景があるのかもしれない。

- (1) 鎌倉幕府の訴訟機関である引付に配置された引付奉行人や、荘園領主に代って訴訟事務を担当した沙汰雑掌等が、研究の対象とされなければならないと思うが、今後の課題としたい。
 - (2) イスラーム法については、真田芳憲『イスラーム法の精神』（中央大学出版部、一九八五年）、および堀井聡江『イスラーム法通史』（山川出版社、二〇〇四年）を参照した。
 - (3) 前掲書五三頁。
 - (4) 古代アイルランド法については、さしあたり次の文献を参照。
Fergus Kelly: *A Guide to Early Irish Law*, Dublin Institute for Advanced Studies, 1988.
Liam Breatnach: *Lawyers in Early Ireland in Brehons, Sergeants & Attorneys: Studies in the History of the Irish Legal Profession*, ed by D. Hogan & W. N. Osborough, Irish Academic Press, 1990.
 - (5) 加藤周一『著作集4『日本文学史序説』上』（平凡社、一九七九年）二八頁以下。
 - (6) 平安期以降、律令の法的枠組みを越えて現実に適合した法慣習が発達した。例えば、長谷山彰氏が明らかにしたような朝廷内の官人処罰方式であり（『律令外古代法の研究』（慶応通信、一九九〇年）参照）、小川清太郎氏により夙に究明された検非違使庁例である（『検非違使の研究・廳例の研究』（復刻版）（名著普及会、一九八八年）参照）。しかしながら、律令の下で成立した例について虎尾俊哉氏が、それは令に対する施行細則、式に相当するものと位置づけているように（前掲書三三頁以下）、律令格式という法体系の軀から脱することはなかなか至難の技であった。
 - (7) 前掲『幕府法曹と法の創造——江戸時代の法実務と実務法学——』一三七頁。
- (追記) 本稿の内容は、二〇〇六年四月二二日（土）に慶応大学で開催された法制史学会第五八回総会において報告をした。また、その後七月二二日（土）、金沢大学大学院法学研究科および人間社会環境研究科が開催する基礎法研究会においても報告した。両報告の席上、あるいは報告後に、大平祐一、鎌田浩、植田信広、岩野英夫、北野かほる、原禎嗣、中村正人氏等をはじめ多くの方から御教示、御意見を頂いた。本文中に逐一注記することは差し控えさせて頂いたが、指摘された点についてはでき得る限り検討し、修正ないし追加補訂を行なった。記して感謝申し上げたい。